

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Préface

Montero, Etienne

*Published in:*

Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels

*Publication date:*

2014

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Montero, E 2014, Préface. Dans *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels*. Collection du CRIDS, Numéro 37, Larcier , Bruxelles, p. 5-8.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Préface

Le présent ouvrage est le fruit d'une thèse de doctorat brillamment défendue à l'Université de Namur, le 7 mars 2014. Il cristallise les vastes connaissances et la riche expérience acquises par l'auteure dans le cadre de travaux de recherche menés au sein de l'Unité « Commerce électronique » du Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS). Ayant eu l'honneur de guider et accompagner Marie Demoulin dès ses premiers pas dans la recherche scientifique jusqu'à l'achèvement de sa dissertation doctorale, il m'est particulièrement agréable de présenter ce travail qui révèle toutes les qualités intellectuelles de l'intéressée.

Cela fait des années qu'est évoqué le « principe d'équivalence fonctionnelle ». Nous l'avons mobilisé au cours de plusieurs recherches qui nous ont confrontés aux affres du travail légistique. À l'occasion de nos travaux et de la rédaction de divers textes à caractère légal, décretal ou réglementaire, il a été régulièrement question de restituer dans l'univers numérique les protections juridiques assurées par le biais de règles de forme pensées et façonnées en référence au papier comme support des actes juridiques. Aux yeux de plusieurs auteurs, divers concepts clés (tels ceux d'écrit, d'original, de signature, de mention manuscrite, etc.), aussi séculaires qu'imprégnés de la culture du papier, sont irréconciliables avec l'électronique, de sorte qu'il est recommandé de forger des règles spécifiquement conçues pour le monde numérique. Aux antipodes de cette conception, l'approche fonctionnelle, loin de tourner le dos à des notions éprouvées, invite à se départir d'une interprétation formaliste de celles-ci et à dégager les fonctions qui leur sont traditionnellement dévolues dans l'univers papier en vue de les transposer dans un environnement dématérialisé.

Cette dernière démarche semble aussi naturelle que séduisante car elle tend à favoriser la continuité et l'unité du droit. Elle a été baptisée « doctrine (ou théorie) des équivalents fonctionnels ». En réalité, tout au plus était-il question d'un principe intuitif, de l'ordre de l'option de politique juridique, revenant en définitive à privilégier les ressemblances entre l'univers analogique et l'univers numérique au lieu de se focaliser sur les dissemblances. La « théorie » dudit principe restait à élaborer. C'est à cette tâche que s'est attelée Marie Demoulin.

Dans une première partie, l'auteure retrace la genèse et l'histoire du principe d'équivalence fonctionnelle ». Il apparaît qu'en droit belgo-français, le formalisme est rigide – la règle de forme ne tolère pas

l'équipollence – en manière telle qu'un principe d'équivalence a mis du temps à s'imposer. Les réflexions se concentrent sur le terrain de la preuve, autour des notions d'écrit et de signature. Au contraire, le formalisme contractuel en droit anglo-américain se caractérise par une grande souplesse et par la présence de concepts relativement ouverts. C'est plus précisément en droit du commerce international qu'a émergé l'approche fonctionnelle dans le souci de simplifier un formalisme documentaire devenu excessif. Pareille approche, axée sur les fonctions des exigences de forme plutôt que sur une herméneutique formaliste des notions, s'est imposée progressivement comme un métalangage susceptible de fonder un traitement commun des règles de forme. Est ensuite relatée la passionnante quête des origines doctrinales du principe d'équivalence fonctionnelle. Les pistes française, belge et scandinave sont empruntées, à la faveur d'une rigoureuse enquête historique, pour déterminer les sources d'inspiration de la CNUDCI et la filiation des différents travaux scientifiques ayant mené à l'adoption du principe d'équivalence fonctionnelle par cet organisme international. La conclusion est nuancée : « (...) si la CNUDCI a choisi l'approche fonctionnelle parmi les solutions envisageables, ce n'est pas sous l'influence d'un auteur particulier, mais parce que cette approche avait suffisamment imprégné les esprits, par le jeu de raisonnements concordants au niveau national et international, juridique et informatique » (n° 144, *in fine*).

Le second titre rend compte, d'une part, des travaux de la CNUDCI ayant conduit à la consécration du principe d'équivalence fonctionnelle dans la loi-type sur le commerce électronique de 1996, d'autre part, de la propagation dudit principe sur la scène internationale, à travers des initiatives ultérieures de la CNUDCI, plusieurs textes européens et une diversité de lois nationales. Il ressort de l'analyse qu'à la simplicité de l'approche privilégiée correspond une grande hétérogénéité des solutions concrètes retenues. Ce constat interroge la pertinence du principe d'équivalence fonctionnelle mobilisé à des fins d'harmonisation du droit. Ce désordre est sans doute imputable à l'absence de contours nets et de méthodologie précise dans la mise en œuvre du principe.

C'est sur cette hypothèse qu'est bâtie la seconde partie visant à mettre au clair les fondements conceptuels et méthodologiques du principe. L'auteur systématise à merveille l'articulation entre divers principes souvent mal distingués : le postulat d'équivalence (entre les univers analogique et numérique), le principe de neutralité technologique, dont est soulignée la double dimension – neutralité substantielle des textes (ou « principe de non-discrimination technologique) et neutralité formelle des textes (ou « principe de neutralité terminologique ») –, et, enfin, le principe d'équivalence fonctionnelle *stricto sensu*. Des développements

originaux et éclairants sont proposés sur chacun de ces principes : leur signification précise, leur nature juridique, les niveaux auxquels ils opèrent.

Ce travail représente une indéniable contribution d'ordre théorique à une meilleure intelligence du principe étudié et des rapports que celui-ci entretient avec divers principes voisins. L'apport pratique est tout aussi appréciable dans la mesure où Marie Demoulin a élaboré une méthodologie rigoureuse d'analyse fonctionnelle des exigences de forme. Une telle méthode faisait cruellement défaut et explique largement la diversité des résultats obtenus par la mise en œuvre du principe. Sans doute est-ce l'une des parties de l'étude où la créativité de l'auteure s'exprime le mieux. Il y est fait un usage exemplaire de l'interdisciplinarité. La philosophie des sciences et les méthodes de *value analysis* sont mobilisées avec bonheur afin de proposer une méthodologie fonctionnaliste du principe d'équivalence à l'attention du législateur, en revisitant la notion de fonction et ses déclinaisons, en modélisant le processus de sélection de formes pertinentes et en identifiant la meilleure manière de préciser le contenu et la portée de ces fonctions. L'archivistique et la diplomatique sont également appelées en renfort, dans un ultime chapitre, à l'heure de tester la méthodologie préconisée sur trois exigences de forme choisies : l'écrit, l'obligation d'information et la signature. Ici aussi, le lecteur découvrira des analyses novatrices et d'une grande finesse. Il est un point qui mérite particulièrement d'être relevé : dès lors qu'elle puise son inspiration en dehors du droit – dans la philosophie des sciences et les méthodes d'analyse de la valeur – la théorie fonctionnaliste du principe d'équivalence n'est pas tributaire d'une culture juridique déterminée. Aussi peut-elle s'apparenter à un métalangage appréciable en tant qu'outil d'harmonisation du droit.

Un autre grand mérite du travail de Marie Demoulin est l'ampleur de la bibliographie rassemblée, assimilée et intelligemment exploitée. Elle a exploré de fond en comble les archives de la CNUDCI à Vienne, mis à jour de précieuses pièces de doctrine scandinave à Oslo, épluché la littérature anglo-saxonne et une abondante doctrine franco-belge. Elle ne s'est jamais cantonnée à la doctrine spécialisée en droit des technologies de l'information, mais a veillé à la hauteur critique du propos en convoquant les « grands classiques » tels Gényn, Demogue, Ripert, Carbonnier et d'autres.

Enfin, il me plaît de souligner les qualités formelles du texte : titres et sous-titres judicieusement choisis, présence de schémas suggestifs et élégance du style qui contribuent à rendre simples et limpides les

développements les plus complexes. Cette apparente simplicité révèle une étonnante maîtrise du sujet, de ses sources et de ses concepts.

Il me reste à formuler un souhait et un espoir. Le souhait est que Marie Demoulin poursuive sa carrière académique dans la voie prometteuse tracée par ce solide ouvrage et nous livre beaucoup d'autres études d'aussi belle facture. L'espoir est que nos chemins se croisent souvent entre Namur et Montréal.

Étienne Montero  
Professeur ordinaire à l'Université de Namur  
Doyen de la Faculté de Droit  
Directeur de recherche au CRIDS